



Universitat de Lleida

Document downloaded from:

<http://hdl.handle.net/10459.1/66733>

Copyright

(c) Edizioni Scientifiche Italiane, 2018

¿Hacia una mayor libertad de disponer mortis causa en el derecho italiano?*

SOMMARIO: 1. El fundamento de la legítima en la experiencia comparada. – 2. Dos relevantes *legges civili* promulgadas en el año 2006. – 3. *segue*. El acto de destinación de bienes realizado por el testador. L. 23 de febrero de 2006. – 4. *segue*. El pacto de familia. L. 14 de febrero de 2006. – 5. La relectura de algunos aspectos del derecho sucesorio italiano. – 6. El ejercicio de la autonomía privada del causante en el ámbito testamentario. – 7. *segue*. Indignidad y desheredación en los supuestos de violación grave de los deberes familiares. – 8. *segue*. El derecho de habitación del cónyuge viudo. – 9. *segue*. El legado alternativo a la legítima. – 10. Nuevos hitos legislativos sobre la familia y sobre la solidaridad intrafamiliar. – 11. *segue*. Reforma de la filiación y regulación de las diferentes formas de relaciones de afectividad. L. 10 de diciembre 2012 y l. 20 de mayo de 2016. – 12. *segue*. Una regulación flexible en defensa de las personas con discapacidad. L. 22 de junio de 2016. – 13. Conclusiones.

1. Por gentileza del profesor Vincenzo Barba he podido disfrutar de una estancia de investigación en la *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”* en 2017. Con su ayuda y de su mano, he procurado aproximarme a las tesis de la doctrina italiana sobre el fundamento de la legítima y sobre la necesidad de una relectura de todo el derecho sucesorio italiano, y por todo ello le manifiesto aquí mi más profundo agradecimiento.

En efecto, un repaso sucinto de las reformas legislativas que se vienen produciendo en el ámbito civil en los últimos 15 años, y de la jurisprudencia de ese mismo periodo, permiten apuntar un cambio de tendencia importante en el Derecho italiano, que parece ahora más proclive a la defensa de la libertad de disponer *mortis causa*. A ello me referiré a lo largo de este trabajo, en el que destacaré algunos aspectos del derecho sucesorio italiano desde una perspectiva europea y comparada, todo ello con el objeto de plantear la necesidad de que el legislador italiano aborde prontamente la tarea de reformar la normativa sucesoria en su

conjunto, y muy especialmente, la relativa a la sucesión necesaria, como se denomina en Italia.

Cuando mencionamos la libertad de testar, o mejor de disponer por causa de muerte, dos son los elementos a tener en cuenta, por un lado la autonomía privada y por otro los derechos de terceros que constituyen límites a los que ésta deba someterse en aras de un bien mayor. Se ha dicho que la libertad de testar material constituye una manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad aplicado al derecho de sucesiones¹. Desde una perspectiva española, está claro que el derecho a la propiedad privada y a la herencia encuentran su amparo constitucional en el art. 33 de la Constitución, que reconoce un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, no sólo en vida sino también más allá de su muerte². La Constitución española considera la garantía de la herencia como una consecuencia del reconocimiento de la propiedad privada, y ello resulta acorde con el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³, en el que se establece que toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos⁴. Sin embargo, en Italia, esta fundamentación principal de la libertad de testar que informa el Derecho europeo queda fuertemente limitada según la dicción del artículo 42 de la Costituzione della Repubblica Italiana: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per

* Trabajo realizado dentro de las actividades de investigación del grupo de investigación consolidado [2017SGR997](#), y para el Proyecto nacional financiado por el MINECO DER2015-70636-C2-1.

¹ En palabras de Teodora Torres y M^a Paz García Rubio, «testar es una forma de *autorealizarse*». Cfr. T. TORRES GARCÍA, M.P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Madrid, 2014, p. 42.

² Art. 33.1: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». Véase el comentario de A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La garantía institucional de la herencia*, en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, 1997, pp. 703-725.

³ Recogida en el Boletín Oficial del Estado español 31 de Julio de 2008, n. 184.

⁴ Véase sobre esta normativa el comentario de A. VAQUER ALOY, *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, en *InDret*, Julio 2015, p. 3.

motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità». A partir de aquí, cabe entender que las atribuciones sucesorias que establece la norma italiana constituyen instituciones de orden público, que prevalecen en cualquier caso sobre la autonomía privada.

En España la concepción del derecho a la legítima parece bien diferente. Casi todos los regímenes sucesorios que coexisten en el Estado contemplan y regulan la institución legitimaria, pero no como una institución de orden público, aunque se trate de una atribución legal a determinados parientes del causante. La legítima en España es inembargable e irrenunciable en vida, e independiente de la situación económica previa de quien la recibe, actúa de facto como un límite a la libertad de testar que no se considera una facultad absoluta⁵. Se considera la libertad testamentaria como una facultad eminentemente personal que permite conceder beneficios a otras personas, básicamente a través de la posibilidad de decidir el contenido del instrumento sucesorio empleado (qué bienes dejar en favor de quién). En cuanto a la legítima, está presente porque responde a una realidad social incontestable como es la familiar, célula básica de nuestra sociedad⁶.

En Italia, según la tradición más antigua y, podría parecer, más arraigada todo el sistema del derecho sucesorio se interpreta y aplica desde

⁵ Cfr. A. VAQUER ALOY, *Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima*, en *InDret*, 3, 2007, p. 14 cuando dice: «[...] la regulación de la legítima actualmente vigente en España es adecuada a la Constitución, pero también lo sería otra distinta en que no hubiera legítimas, siempre que se satisficieran las exigencias que se derivan de la Constitución española. Estas exigencias, a mi parecer, son las siguientes: la libertad de disponer mortis causa (art. 33.1) y la protección de la familia (art. 39, especialmente apartado 3, 35.1 y 50)». Por su parte, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Autonomía privada y Derecho de sucesiones*, en L. PRATS ALBENTOSA (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, I, Madrid, 2012, p. 520, señala atinadamente: «La explicación de la herencia como consecuencia de una propiedad previa del grupo familiar, y de la libertad de disponer como permiso limitado que excepciona el destino familiar de los bienes entendido como regla común, es tan propia de la tradición germánica (también francesa) como ajena a la castellana (y catalana...) y a todas las derivadas del tronco romano».

⁶ Concluyen los economistas M^a T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ y A. J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Madrid, 2015, p. 42, que «la familia continúa siendo, y no puede no serlo, la principal institución para el bienestar de la persona, además resulta imprescindible para lograr una sociedad cohesionada, estable y con un crecimiento económico sostenido».

el interés de la familia, casi como si esta solución hermenéutica fuera la única posible⁷. La cuota reservada a los legitimarios es una herramienta indispensable y no cabe interpretar el derecho sucesorio en modo alguno, ni en ningún caso concreto, haciendo prevalecer otros intereses en juego – la autonomía privada básicamente – en perjuicio de lo que, se afirma, es una manifestación de solidaridad intergeneracional⁸.

A mi parecer este planteamiento es como mínimo incompleto, porque no tiene en consideración en toda su amplitud el principio de solidaridad. Es preciso desenmascarar que la legítima, como derecho sagrado de los legitimarios, no está protegiendo realmente a la familia, al menos no en primer término, sino sólo a los legitimarios⁹, lo cual se demuestra además por el hecho de que en Italia no se regula la posibilidad de desheredar a éstos. La legítima, en tanto que derecho ligado al parentesco, no puede suprimirse sea cual sea el comportamiento observado por el heredero forzoso, salvo por indignidad¹⁰, por ello responde a un concepto de solidaridad intergeneracional de una sola dirección, de los padres hacia los hijos, del testador hacia sus más allegados sin atisbo de un planteamiento a la inversa, cuando los padres son mayores y se tornan acreedores de una serie de deberes y cuidados por parte de los parientes más jóvenes. No se plantea el ordenamiento civil italiano una consecuencia jurídica para los casos de incumplimiento de las nuevas obligaciones familiares que lleva

⁷ Así lo plantea el profesor V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, en *Rass. dir. civ.*, 2016, y cita como principales representantes de esta línea de interpretación de la normativa sucesoria italiana A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, p. 11; ID., *Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento*, Milano, 1947, p. 146. C. GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, en *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1941, p. 332; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, p. 264; ID., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196; ID., *Appunti sulla successione legittima*, Roma, 1928-30, pp. 10.

Más recientemente véase C. M. BIANCA y M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 2014, pp. 855 ss.; C.M. BIANCA, G. PATTI e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, 3, Milano, 2001, p. 437.

⁸ «In particolare, l'evoluzione in senso sociale dei diritti fondamentali tende a privilegiare sulla libertà individuale la solidarietà sociale. L'autonomia privata, quindi, può e deve essere controllata per garantire rapporti giusti», C.M. BIANCA, G. PATTI e S. PATTI, *o.c.*, p. 78.

⁹ M. DOSETTI, *Delle successioni*, en *Comm. c.c. CUFFARO*, Milano, 2010, p. 7.

¹⁰ Cfr. art. 463 c.c. sobre indignidad, que también puede afectar al heredero forzoso, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 133 ss.

consigo, por ejemplo, el fenómeno del progresivo envejecimiento de la población, cuestión que el legislador ni siquiera contempla. Así, desde una lectura tradicional de la normativa sucesoria, cabe entender que el legitimario italiano resulta blindado frente a cualquier intención del causante de privarle de su porción legal¹¹.

También en España se alzan voces que, a partir del análisis de las resoluciones judiciales que aplican la normativa sucesoria, concluyen que no es realmente el interés superior de la familia el que se tutela con la legítima, sino más bien el interés particular de los legitimarios¹². En cualquier caso, tanto la sociedad italiana como la española están

¹¹ Véase V. CANTELMO, *Fondamento e natura dei diritti del legitimario*, Camerino, 1972, p. 61 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, en *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, XLIII, 2, Milano, 2000, p. 60 ss.; M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, en R. CALVO y G. PERLINGIERI (coord.), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 450; R. CAMPAGNOLO, *Le successioni mortis causa*, Torino, 2011, p. 327 ss.; A. ALBANESE, *Delle successioni legittime*, en *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2012, p. 39; F. GALGANO, *Commentario compatto al Codice civile*, Piacenza, 2012, p. 734. Se aduce que con la legítima se protege a la familia, se habla incluso de un «concepto católico de la familia» que influye en el legislador italiano y le impide acometer la reforma de esta figura. Sin embargo, el argumento no es muy sostenible sobre todo a la vista de las modificaciones legales que se han ido sucediendo en cuestiones que sí que podrían relacionarse de una forma más directa con un planteamiento católico de la familia. Me refiero a la reforma del art. 593 CC, que limitaba el derecho a heredar a los hijos nacidos fuera del matrimonio, o del art 595 CC, que limitaba los derechos hereditarios del segundo o ulterior cónyuge del causante. Estas normas fueron declaradas inconstitucionales hace ya mucho tiempo, concretamente en la Sentencia de la Corte Constitucional de 28 de diciembre de 1970 y en la Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de diciembre de 1979. Por su parte, la *Legge 19 maggio 1975*, de reforma del Derecho de Familia abolió ambas disposiciones. La solidaridad intergeneracional, entendida en ambas direcciones, de los padres hacia los hijos y de los hijos hacia los padres, no es en absoluto contradictoria con el concepto católico de la familia, sino todo lo contrario.

¹² A. VAQUER ALOY, *“Acerca del fundamento de la legítima”*, *InDret*, 4, 2017, p. 8, hace referencia en este sentido por ejemplo, a las Sentencias del Tribunal Superior de Cataluña de 30 de abril de 2012 y 28 de septiembre de 2014. No obstante lo cual, hay otras sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como la de 2 de fevrero de 2017 (RJ 2017\1596), que se refieren específicamente a las relaciones familiares como fundamento del derecho a la legítima, de modo que «cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido porque el legitimario ha incurrido en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación. No sería equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al soporte y ayuda de todo tipo que estas comportan, después resulte beneficiado por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales».

cambiando y precisan de nuevas soluciones en el ámbito del Derecho sucesorio. Se trata de observar los radicales cambios que se han producido con respecto a épocas precedentes y analizar sus consecuencias, en primer lugar con respecto a la propia definición de lo que puede entenderse por solidaridad intergeneracional.

Así, cabe afirmar en primer lugar que la esperanza de vida ha aumentado exponencialmente en las últimas décadas, de la misma manera que han descendido los nacimientos, todo lo cual hace que haya más personas de edad superior a los 80 años, muchas de ellas con dificultades para realizar sus actividades cotidianas y necesitadas del auxilio material y afectivo de personas más jóvenes. La cifra de ancianos que viven solos entre los 85 y los 89 años asciende en todo el mundo en los últimos años¹³. El causante medio, en la actualidad, considera familia a quienes pertenecen al más reducido ámbito de su vida cotidiana, la llamada familia nuclear. Se ha producido una verticalización de las relaciones familiares, cuyo origen está en un aumento de familias con menor número de hijos y en el que padres y abuelos viven cada vez más años. En este contexto, se pone de manifiesto una preocupación constante por la tutela jurídica y económica del cónyuge sobreviviente, ahora también del conviviente en pareja estable, en detrimento de la posición de los hijos¹⁴. Estos, por lo

¹³Fuente: Organización Mundial de la Salud, OMS, Envejecimiento y ciclo de vida, en: <http://www.who.int/ageing/about/facts/es>. Destacan algunas afirmaciones que pueden encontrarse en esta dirección web, por ejemplo: «entre 2000 y 2050 la cantidad de personas de 80 años o más aumentará casi cuatro veces hasta alcanzar los 395 millones. Es un acontecimiento sin precedentes en la historia, que la mayoría de las personas de edad madura e incluso mayores tengan unos padres vivos, como ya ocurre en nuestros días. Ello significa que una cantidad mayor de los niños conocerán a sus abuelos e incluso sus bisabuelos [...]. Muchos ancianos de edad muy avanzada pierden la capacidad de vivir independientemente porque padecen limitaciones de la movilidad, fragilidad u otros problemas físicos o mentales. Muchos necesitan alguna forma de asistencia a largo plazo». En España han escrito sobre este fenómeno C. LASARTE ÁLVAREZ, *Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea*, en M.F. MORETÓN SANZ y A. LOPEZ PELÁEZ (Coord.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 363-383, L. REBOLLEDO VARELA, *Problemas prácticos de la desheredación de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono de los mayores*, en A.L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2010, pp. 381 ss.

¹⁴ Por ejemplo, en un estudio realizado en Cataluña se pudo comprobar que, de una muestra de 152 testamentos analizados, una mayoría notoria (el 77,48%) contenían institución de heredero a favor del cónyuge, en algunos casos con previsión de sustitución vulgar en favor de los hijos. Cfr. M. BOSCH SERRANO, *Cap a una millor posició successòria del*

general son dotados de una formación o de un medio de vida, a través de diversos mecanismos de transmisión de la riqueza en vida de sus padres. Sin embargo, los padres mayores, a menudo quedan al albur de las decisiones de sus hijos que, ya adultos e independientes económicamente, tienen en su mano la forma de vida de sus padres en los últimos años de su vida. A partir de aquí, los expertos han definido la solidaridad intergeneracional como un fenómeno multidimensional, a saber, la solidaridad estructural (cercanía geográfica), la asociativa (frecuencia de los contactos), y la funcional (colaboración en el hogar y transferencias económicas), que debe ejercitarse recíprocamente entre los miembros de la familia¹⁵. También la economía arroja datos interesantes sobre la incidencia de los sistemas de reparto sucesorio en la distribución de la riqueza de una sociedad, concluyéndose mayoritariamente que el trato desigual a los hijos tiene un mayor efecto redistributivo, a diferencia de los sistemas legitimarios, que no favorecen a los legitimarios menos ricos¹⁶.

No pueden contemplarse estos factores sin interrogarse sobre la verdadera función económica y social de la legítima hoy día.

Así pues, algunos civilistas han comenzado a realizar una tarea de relectura del Derecho sucesorio italiano desde la óptica de la realidad social actual, y al amparo de los principios constitucionales y del Derecho privado europeo. Se plantean la necesidad de respetar la voluntad del testador, exploran fórmulas que permitan revalorizar y potenciar el ejercicio de la autonomía privada en el contexto de los negocios jurídicos mortis causa, aunque ello no signifique privar al legitimario de su derecho a ejercitar las acciones que le amparan en defensa de su legítima, cuando

conjugue vidu o supervivent de la parella estable en Lo Canyeret, Revista del Colegio de la Abogacía de Lleida, n. 96, 2017, p. 22. Cfr. M. GARRIDO MELERO, *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña. La planificación sucesoria*, 1, Madrid, 2009, p. 333.; L. JOU MIRABENT, “Institucions successòries a la pràctica notarial dels darrers anys”, en L. ARNAU RAVENTÓS y M^a L. ZAHÍNO RUIZ (Eds.), *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán: principios, legítima y pactos sucesorios*, Barcelona, 2015, p. 132.

¹⁵ Cfr. M^a T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ y A. J., SÁNCHEZ FUENTES, *o.c.*, p. 51.

¹⁶ N. TOMES, *The Family, Inheritance, and the Intergenerational Transmission of Inequality*, en *Journal of Political Economy*, en Univ. Chicago L. Rev, 2016, 89, n. 5, pp. 928-958; M. ELINDER, O. ERIKSSON y D. WALDENSTRÖM, *Inheritance and wealth inequality: Evidence from population registers*, en *Centre for Economic Policy Research*, DP11191, pp. 1-52 (18 Apr 2016); J. BECKERT, *Inherited wealth*, Oxford, 2004, p. 112.

proceda¹⁷. Con respecto al principio de solidaridad, apunta la doctrina más moderna que no debe considerarse aisladamente, sino enjuiciarse en cada caso concreto equilibrando los intereses en juego y bajo el criterio de la razonabilidad¹⁸. La defensa de la solidaridad, desde una perspectiva constitucional implica el deber de cooperación y el respeto a la igualdad en la defensa de todos los intereses en juego. De hecho, la solidaridad está inextricablemente ligada al respeto por la persona, porque el cuidado de los demás es parte del hecho de ser persona. Así pues, la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio, tiene la protección del sistema constitucional italiano, precisamente porque es el lugar natural en el que se desarrolla la persona, el individuo¹⁹.

También es preciso destacar la promulgación del Reglamento Europeo de Sucesiones que entró en vigor para todos los estados miembros de la Unión el 17 de agosto del año de 2015²⁰. Una norma muy elaborada técnicamente y de gran importancia práctica, porque cambia radicalmente la aplicación del Derecho sucesorio cuando concurre algún elemento internacional como, por ejemplo, que el causante resida o tenga algún bien en un Estado distinto de su país de origen. El Reglamento introduce la norma de conflicto según la cual la sucesión se rige por la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento, pero

¹⁷ Destaca V. BARBA, *o.l.u.c.*, en el que partiendo de una relectura de la obra del jurista G. GIAMPICCOLO (*Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37) plantea nuevos horizontes para el intérprete italiano. En el mismo sentido, G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, en *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 739 y ss., a partir de la obra del jurista M. ALLARA (*La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Napoli, 1951). Véase también A. BONOMI, *Testamentary freedom or forced heirship? Balancing Party Autonomy and the protection of family members*, en P. ANDERSON y E. ARROYO (eds.), *The Law of Succession: Testamentary freedom*, Barcelona, 2011, pp. 27 y ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, en S. DELLE MONACHE, *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 317 ss.; G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, Milano, 2009, p. 322.

¹⁸ V. BARBA, *o.l.u.c.*, p. 352.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, en ID. *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Nápoles, 2005, p. 39.

²⁰ Reglamento UE 650/ 2012, de 4 de julio. Con respecto a la concreta aplicación de este Reglamento en el estado español, en el que coexisten siete sistemas sucesorios diferentes, véase el trabajo de G. GALICIA AIZPURUA, *El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español*, en *Act. jur. iber.*, 2015, pp. 523-542.

permite también que éste elija la ley aplicable, si tiene bienes en varios estados. Se amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la ley extranjera, si nos atenemos a los flujos migratorios cada vez más habituales en Europa. Los operadores jurídicos en Italia tendrán que aplicar en ocasiones normas sucesorias que no contemplan en absoluto, o lo hacen de forma bien diferente, una atribución legal como la legítima, o unos mecanismos de tutela de los legitimarios. Podrá aplicarse en Italia una norma sucesoria mucho más permisiva con el ejercicio de la autonomía privada del testador, porque ello no resulta incompatible con el principio de orden público²¹.

Así, se alcanza a poder afirmar que la protección a ultranza de los legitimarios no es necesariamente expresión de un principio irrenunciable del ordenamiento italiano²². En consecuencia, no es descabellado tratar de adaptar esta normativa a la realidad social vigente, ni tampoco lo es plantearse una reforma dirigida a equilibrar los intereses en juego, a la manera en que viene sucediendo en otros ordenamientos del ámbito europeo, como Alemania, Francia o Bélgica, en los que se va flexibilizando el sistema de legítimas aunque sin cambiar en profundidad esta atribución sucesoria legal²³.

²¹ Cfr. Art. 35 Reglamento 650/2012, que establece como límite a la aplicación de normativa extranjera en un estado de la UE, el hecho de que ésta contradiga el principio de orden público internacional.

²² «L'istituto della successione necessaria non rientra tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico internazionale, [...] e pertanto esso non può costituire un limite all'efficacia nel territorio italiano di disposizioni appartenenti ad altri ordinamenti. Il diritto internazionale privato consente al cittadino italiano di sottoporre la propria successione alla disciplina del Paese estero nel quale risiede», M. DOSSETI, *Comentario all'art 536 c.c.*, in G. BONILINI e M. CONFORTINI (a cura di), *Il Codice ipertestuale, Codice commentato delle Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 403. Una aplicación concreta de este supuesto por parte de los tribunales italianos, es la que se recoge en la Sentencia de Casación de 30 de enero de 2014, n. 4811, comentada por E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimari*, en *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 567, en el que la Corte de Casación deniega a la viuda de nacionalidad cubana el derecho de legítima que la ley italiana prevé para el cónyuge, porque el Derecho cubano no prevé este derecho salvo en casos de necesidad económica, situación que en este caso no había quedado probado. Véase también V. VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e attualità dei diritti del legittimario in pectore*, *ivi*, 2016, p. 754 ss.

²³ Por ejemplo, la reforma de los parágrafos 2333 y 2335 BGB y concordantes operada en Alemania (Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción de 2004) amplía los supuestos de pago aplazado de una legítima que tiene naturaleza de derecho de

Cabe también recordar el proceso que ha experimentado el Derecho civil catalán, que muestra un progresivo debilitamiento de la institución legitimaria a través de las sucesivas reformas legislativas y de una jurisprudencia que pretende dar respuesta a las demandas de una sociedad cambiante y modernizada. Así, desde sus orígenes históricos, la legítima catalana se ha configurado como una atribución legal en favor de determinados parientes del causante, cuya forma de pago resultaba flexible para evitar la fragmentación del patrimonio hereditario²⁴. En el año 1990 se produjo una relevante reforma de la institución mediante la Ley 9 de abril de 1990, n. 8²⁵: se suprimieron las garantías reales de la legítima de manera que ya no quedaba afectado el patrimonio hereditario al pago de la legítima, la cual a partir de ese momento se convierte verdaderamente en un derecho de crédito sujeto a un plazo de prescripción de 15 años (anteriormente era de 30 años). Se redujo a los padres el alcance personal de la legítima en la línea ascendente, se amplió la disponibilidad del causante sobre la legítima o su pago, de modo que aquél pudiera dispensar el devengo de intereses o establecer un tipo determinado de los mismos, se modificó la preterición errónea, reduciendo los supuestos en los que daba lugar a la nulidad del testamento. Esta nueva configuración de la legítima catalana se consolidó después, a través de la promulgación de la Ley 30 de diciembre de 1991, n. 40, Código de Sucesiones por Causa de

crédito. En Francia la reforma de 2006 mantiene una legítima amplia, pero introduce la posibilidad de que los legitimarios renuncien de forma anticipada a interponer una acción de reducción por liberalidades excesivas. Véase también la reforma del Código civil belga por ley de 28 de marzo de 2007. En el caso de España, Muchos autores han definido tradicionalmente la desheredación como una institución que flexibiliza la rigidez del sistema legal de legítimas. Cfr. J. RAMS ALBESA, R. M^a MORENO FLÓREZ, J. I. RUBIO SAN ROMÁN, *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, Madrid, 2017, p. 314; A. M. ROMÁN GARCÍA, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2016, p. 242; F. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, 2013, p. 206.

²⁴ Cfr. *Constitució Zelant per la conservació de les cases principals*, de 1585, en la cual ya se permitía el pago de la legítima en metálico, incluso extrahereditario, y en la que se fijaba con carácter general para todo el territorio una la legítima global de una cuarta parte de la herencia. Cfr. G. de BROCÀ i de MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1985.

²⁵ Ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1280, de 18 de abril de 1990.

Muerte en el Derecho Civil de Cataluña²⁶, vigente hasta el 1 de enero de 2009. En esta fecha entra en vigor el actual Libro cuarto del Código civil de Cataluña²⁷, que añade nuevos cambios en la normativa legitimaria sobre la base de lo que se venía interpretando y aplicando por los tribunales, y que venía siendo demandado por la doctrina civilista catalana. El resultado es un mayor debilitamiento de la institución legitimaria, en beneficio de la libertad de testar, y así: las donaciones computables a los efectos del cálculo de la legítima se reducen a las realizadas por el causante en los últimos 10 años de vida, se regula aún más restrictivamente la legítima de los progenitores, permitiéndoles renunciar tácitamente a su derecho mediante la no reclamación, sin que se transmita a sus sucesores. Se introduce la cautela socini tácita²⁸, y la imputación por defecto – salvo que sea otra la voluntad del causante– de las donaciones recibidas por los legitimarios si se destinaron a la adquisición de la primera vivienda y del negocio profesional²⁹. Y, sobre todo, se prevé la posibilidad de desheredar – institución que en principio no prevé el Derecho civil italiano para el

²⁶ Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544, de 21 de Enero de 1992.

²⁷ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175, de 17 de Julio de 2008 (en adelante CCCat).

²⁸ Art. 451-9.2º CCCat: 1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas. 2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. 3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2.

Hasta la promulgación de esta norma la posibilidad de gravar la legítima cuando el causante atribuye una porción superior sólo cabía si el causante lo preveía expresamente en su testamento.

²⁹ Art. 451-8.2º CCCat: Son imputables a la legítima, salvo que el causante disponga otra cosa: a) Las donaciones hechas por el causante a favor de los hijos para que puedan adquirir la primera vivienda o emprender una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal o económica. b) Las atribuciones particulares en pacto sucesorio, las donaciones por causa de muerte y las asignaciones de bienes al pago de legítimas, hechas también en pacto sucesorio, cuando se hagan efectivas.

legitimario³⁰ – por una nueva causa, además de todas las que ya preveía la normativa anterior: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar ente el causante y el legitimario, imputable exclusivamente al legitimario. Está claro que esta nueva causa se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional que ha de vivirse en la familia, y se aplica esta vez en beneficio del causante, que podrá privar de su legítima a aquellos parientes cercanos que le abandonen, que corten los lazos afectivos, especialmente en el último tramo de su vida³¹. Se está refiriendo el legislador catalán a la dimensión asociativa de la solidaridad entre los familiares, a la frecuencia de los contactos que no tiene por qué implicar ni residir en la misma localidad geográfica, ni siquiera colaborar al mantenimiento de las cargas económicas o materiales que se producen en el hogar familiar. Puesto que el acento se pone en el abandono emocional y afectivo como falta de solidaridad con el causante³².

En otros derechos civiles del territorio español el cambio en favor de la libertad de testar se ha producido mucho más bruscamente que en Cataluña, como es el caso del País Vasco, que ha reformado totalmente su derecho sucesorio en el año 2015. Hasta la reforma, el sistema sucesorio vasco era plural y fragmentado: se aplicaba el régimen de las legítimas individuales del Código civil estatal en gran parte del territorio pero, además, un sistema de legítima colectiva que abarcaba cuatro quintas partes del caudal relicto para la Tierra Llana de Bizkaia, otro sistema de absoluta libertad de testar sin legítimas en una pequeña porción del

³⁰ Señala Martínez que el fundamento de la desheredación está “principalmente en que mediante ella se moderan los efectos del sistema de legítimas, haciendo prevalecer la voluntad del causante cuando su integridad y dignidad se han visto atacadas. Asimismo, fortalece la disciplina y autoridad familiar” (cfr. R.I. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2012, p. 121).

³¹ Señala el notario De Almansa que defender que debe prevalecer el interés familiar sobre el interés individual “no es más que una opción que debe resolverse teniendo en cuenta todas las circunstancias de tiempo y lugar: el clima social y moral de la época y país, costumbres y usos vividos, objeto y contenido de la herencia, netamente influidos por la geografía física, económica y social concreta” (A. DE ALMANSA MORENO-BARREDA, “¿Debe introducirse en el derecho civil común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes?, Cuadernos críticos del derecho, *Aletheia*, 2012/1, p. 30).

³² Véase P. DE BARRÓN ARNICHES, *Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes* en C. HORNERO PRIETO y J. RAMOS PRIETO, *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, 2016, pp. 93-110.

territorio – el denominado Fuero de Ayala – y, finalmente, el régimen sucesorio especial del caserío guipuzcoano. Incluso existía un quinto estatuto predicable de los vizcaínos no infanzones (o vizcaínos de villa), toda vez que el art. 13 de la Ley de Derecho Civil Foral³³ les reconocía la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario³⁴. La nueva ley de 2015 unifica el sistema estableciendo para todo el territorio vasco una legítima colectiva, siendo legitimarios únicamente los descendientes, y reduciendo su cuantía de cuatro quintos a un tercio del caudal hereditario. Los ascendientes quedan privados, en la nueva ley vasca, del derecho a la legítima. En cuanto al cónyuge o pareja estable es legitimario, pero su derecho se concreta en un derecho de usufructo de diferente cuantía dependiendo de que concurra o no, con hijos del causante. La desheredación de los legitimarios se contempla en el País Vasco aunque sin regularla, por mera remisión al derecho contenido en el Código civil estatal, y convive con la institución del apartamiento –la posibilidad de elegir entre todos los legitimarios, quién o quiénes percibirán la legítima, que es colectiva-, y con la preterición intencional, resultando un sistema en el que la autonomía privada del de cuius aparece muy reforzada³⁵.

En cuanto al Código civil estatal³⁶, que se aplica en una gran parte del territorio español, la característica más relevante es el inmovilismo legislativo en materia de Derecho sucesorio, superior incluso al que se observa en Italia, a pesar de lo cual se suceden las propuestas doctrinales solicitando una renovación de la normativa sucesoria, siempre dirigida al incremento del margen de autonomía privada del causante³⁷.

³³ Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, Boletín Oficial del País Vasco núm. 153, de 7 de Agosto de 1992.

³⁴G. GALICIA AIZPURUA, *La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)*, en *Rev. doct. Ar. Civ. Mer.*, 2016, p. 1. Véase también, J. GIL RODRÍGUEZ, *Instituciones y modelos en el Derecho civil vasco: cauces (comunes) y condicionantes familiares (específicos) en el Derecho sucesorio vasco*, en M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Cizur Menor, 2015, pp. 893-908.

³⁵P. DE BARRÓN ARNICHES, *Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles*, en *InDret*, 2016, p. 19 ss.

³⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889, GACETA de 25 de Julio de 1889.

³⁷ A estos efectos, destaca **la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018**, en la que se apuesta por una reducción de la cuantía de la legítima de los hijos, que pasaría de dos terceras partes a que asciende en el derecho español vigente a la mitad del caudal relicto, una mayor flexibilidad en la forma de pago de la legítima especialmente cuando corresponde percibirla al cónyuge viudo, y la incorporación de un

2. Centrándome, a partir de aquí únicamente en el derecho italiano, querría incidir en la evolución legislativa que se puede observar y, muy especialmente, en la interpretación doctrinal y jurisprudencial que de estas normas se observa en los últimos tiempos. Así pues, dedicaré el presente apartado a comentar dos reformas del *Codice civile* que tuvieron lugar en el año 2006, y que significaron un paso adelante hacia la modernización del derecho sucesorio y su adaptación a la realidad social vigente.

3. El Art. 39-*novies* de la Ley de 23 de febrero del año 2006³⁸ introdujo un nuevo Art. 2645-*ter* en el *Codice civile* para regular la facultad de *trascrizione*, término que en español podría traducirse por la elevación a público e inscripción en el Registro correspondiente, de determinados actos jurídicos relacionados con la protección patrimonial a personas con discapacidad, en concreto, actos de afectación de alguno o algunos elementos patrimoniales a estos fines: *Dopo l'articolo 2645-bis del codice civile è inserito il seguente: Art. 2645-ter – (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche). «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».*

concepto amplio de maltrato al causante como causa de desheredación, resultado de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español, de modo que ya no será necesario que el maltrato sea de obra, sino que bastará con que se produzcan situaciones de menosprecio que puedan identificarse con un supuesto de maltrato psicológico. **Cfr. pp.597 y ss.**

³⁸ L. 23 de feviero de 2006, n. 51. Convierte en ley, con modificaciones, el D.L. 30 de diciembre 2005, n. 273.

Esta reforma fue aplaudida por la doctrina, que se empleó a fondo en su análisis³⁹ poniendo en relación esta disposición con lo dispuesto en el Art. 1322 c.c., fundamento legal del principio de autonomía negocial⁴⁰. La *trascrizione* de este tipo de afectación de bienes implica su oponibilidad frente a terceros, y su exclusión de una posible ejecución en caso de deudas del titular de los bienes. En cuanto al negocio jurídico en sí, se discute si este acto de separación de determinados bienes del patrimonio debe realizarse siempre a través de un contrato⁴¹, o si también puede realizarse de forma unilateral y mediante testamento como en el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal de Roma de 18 de mayo de 2013⁴². La respuesta que apunta esta única sentencia que aplica el Art. 2645-ter al ámbito sucesorio es que no, porque la disciplina sucesoria ya tiene una regulación completa y autónoma, con sus propios límites, y ella no se contempla esta posibilidad. El Tribunal de Roma señala que es preciso delimitar este vínculo de destinación de bienes de lo que sería la constitución de un trust testamentario, sobre el que afirma lo siguiente: *La disciplina del trust (istituto non disciplinato dalla legge italiana ma efficace, in determinate condizioni, anche nel nostro ordinamento per effetto della ratifica della Convenzione dell'Aja del luglio 1985), atteso che con l'obbligo di amministrarli nell'interesse del disponente o di altro soggetto (beneficiario) oppure per il per seguimiento di uno scopo determinato, sotto l'eventuale vigilanza di un terzo (protector o guar) La*

³⁹ Cfr. M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri entie persone fisiche (art. 2645-ter.c.c.) in funzione para successoria*, en *Riv. not.*, 2009, p. 1296; ID., *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 226; S. BARTOLI *Prime riflessioni sull'art.2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, en *Corr. merito*, 2006, p. 698; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, p. 195; C. ROMANO *Vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: spunti per ulteriori riflessioni*, en *Notariato*, 2014, p. 63; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter. c.c.)*, en *Giust. civ.*, 2015, p. 177 ss.; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, en *Fam., pers., succ.*, 2011, p. 384; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, en *Riv. not.*, 2006, I, p. 467.

⁴⁰ Art. 1322 c.c.: «Autonomia contrattuale. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

⁴¹ Gazzoni, p. 174-suprimir-

⁴² R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunal italiani*, en *Fam. dir.*, 2013, pp. 783-789.

proprietà dei beni o diritti oggetto del trust spetta, dunque, al trustee, gravato dall'obbligo di amministrarli nell'interesse altrui, e non direttamente al beneficiario"⁴³. Sin embargo, la doctrina discrepa de la resolución judicial, y entiende que no hay razón para negar la posibilidad de que un acto de destinación de bienes pueda realizarse dentro de un negocio jurídico mortis causa unilateral⁴⁴. Se sostiene que el Tribunal de Roma ha buscado la justicia del caso concreto y, apreciando en la testadora una clara voluntad de perjudicar a su cónyuge legítimo, ha determinado la nulidad del acto de separación patrimonial ordenado mediante testamento. Por tanto, el motivo de fondo de la decisión judicial reside en el enjuiciamiento de los fines perseguidos con el negocio jurídico, que no encajan con el concepto legal de «*interessi meritevoli di tutela*»⁴⁵, pero lo cierto es que este control de los intereses merecedores de protección debe llevarse a cabo tanto si el acto de destinación se realiza mediante un negocio jurídico mortis causa, como si se hace inter vivos, ya sea a través de un negocio unilateral o de un negocio bilateral.

Es innegable que este tipo de actos o negocios jurídicos suponen un importante ejercicio de la libertad testamentaria, y en este sentido hemos de felicitarnos por la reforma que favorece una mayor autonomía del futuro causante en la organización de su sucesión, máxime en los casos en que los actos de destinación de los bienes se justifican por el deseo de proteger a un familiar que padece una discapacidad y que, por esta causa,

⁴³ Sobre la vigencia del *trust* en Italia, véase, E. CALÒ, *Aspects de droit successoral italien*, en ID., *Les successions en droit comparé*, Napoli, 2016, p. 224.

⁴⁴ Cfr. V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione* en *Foro nap.*, 2016, p. 327; en el mismo sentido, E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, en *Riv. dir. civ.* 2015, p. 255 señala que el acto de destinación puede hacerse por el testador y que será el heredero o el legatario quien se ocupe de la trascrizione.

⁴⁵ Téngase en cuenta que el objeto del patrimonio separado constituido por la testadora era su palacio de Florencia, de enorme valor económico y que constituía prácticamente el total del patrimonio relicto, la afectación se vinculaba a los gastos de mantenimiento y educación de las dos hijas del matrimonio, por un periodo de tiempo muy prolongado y excesivo, con la consecuencia de que este valioso bien inmueble no podía ser objeto de enajenación y el cónyuge no podía recibir su 1/4 parte de legítima o reserva que la ley le atribuye imperativamente. Sobre la controvertida expresión de “interés merecedor de tutela”, véase S. BARTOLI, *Questioni controverse in tema di atto di destinazione e loro riflessi pratici*, en M. BIANCA, *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina. Ricordando Angelo Falzea*, Milano, 2016, p. 85; L. CAPUTO, *Destinazione del patrimonio ex art. 2645-ter c.c. ed interessi meritevoli di tutela*, en M. BIANCA, *o.u.c.*, pp. 95-100.

tiene unas necesidades económicas bien diferentes del resto de los parientes del causante.

Otra sentencia que se refiere al Art. 2645-ter c.c. es la del Tribunal Reggio Emilia, de 26 de marzo de 2007⁴⁶, en la que se incide en la eficacia frente a los acreedores, que se deriva de la nueva regulación: «L'art. 2645-ter c.c. può riferirsi sia a negozi atipici, sia a contratti con causa normativamente disciplinata, purché la destinazione patrimoniale realizzi interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c.. La trascrizione dell'atto di destinazione consente una piena ed efficace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione, addirittura superiore alla previsione di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale: mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art. 2645-ter c.c. appare assoluta, l'art. 170 c.c. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza». Se constata la potencial eficacia del acto de destinación que es objeto de *trascrizione* frente a los derechos de los acreedores, incluso por encima del fondo patrimonial que los cónyuges pueden decidir constituir para proveer a las necesidades de la familia⁴⁷.

Sin embargo, la experiencia práctica de estos más de diez años desde la entrada en vigor del Art. 2645-ter c.c., es que prácticamente no se ha utilizado en el ámbito sucesorio. Ello, no cabe duda, tiene que ver con la regulación no reformada en absoluto en materia de sucesión necesaria, sobre todo la importante cuantía a que asciende la cuota no disponible por el causante. Si la cuota de reserva tuviera una menor envergadura cuantitativa, obviamente el futuro causante tendría un mayor margen para poder realizar la afectación de ciertos bienes de su patrimonio a fines particulares, merecedores de especial protección. No obstante lo cual, ya es un gran avance que se haya promulgado esta normativa, siendo lo

⁴⁶ Reperibile in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 779 nota di R. PARTISANI.

⁴⁷ Sobre la relación entre ambas figuras, véase D. MURITANO, *La destinazione testamentaria tra fondo patrimoniale, trust e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, en *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarale*, Atti del Convegno (Roma 18 marzo 2016 e Génova 27 maggio 2016, 2016), pp. 59-76. Entiende la doctrina que la tutela de los intereses familiares en la vigente Constitución italiana, así como su concepción privatista llevan consigo una relectura de estos preceptos, incluso en detrimento de los derechos meramente patrimoniales de los acreedores (véase A. MORACE PINELLI, *La destinazione nell'interesse della famiglia* en M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 123).

deseable que ante futuros supuestos de colisión con los intereses de los legitimarios, el acto de destinación testamentario, no sea en ningún caso tachado de nulidad por contravenir lo dispuesto en el Art. 549 c.c.⁴⁸, sino que baste con proceder a la reducción de la disposición testamentaria en la medida en que sea necesario para lograr el efecto de tutela del derecho de los legitimarios. La declaración de nulidad, que significa en el fondo violentar claramente la voluntad expresada por el testador, constituye un remedio a todas luces desproporcionado⁴⁹.

4. La ley de 14 de febrero de 2006⁵⁰, fue el resultado de una iniciativa legislativa de gran calado que se planteaba, en sus inicios, abordar la reforma de toda la sucesión necesaria⁵¹, aunque, a lo largo del procedimiento legislativo fue limitando sus aspiraciones y su eficacia, hasta reducirse a la regulación del llamado *patti di famiglia*, que en una primera impresión, parece constituir una excepción a la norma general de prohibición del pacto sucesorio: «Art. 1. *Al primo periodo dell' articolo 458 del codice civile sono premesse le seguenti parole: Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti*»⁵². En efecto, ante la tesitura de una reforma más integral

⁴⁸ Sobre la prohibición de gravar la legítima, véase A. CIATTI CAIMI, *La nullità della divisione per preterizione di eredi istituito di legittimari*, en *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 397 ss.

⁴⁹ Así lo ha entendido también, entre otros A. CARRABBA, *o.u.c.*, p. 200. En la actualidad la doctrina italiana sigue trabajando sobre esta figura jurídica, que se estima un instrumento idóneo para potenciar la autonomía de la voluntad del futuro causante, véase M. BIANCA, *o.l.u.c.*, en el que más de una veintena de autores retoman el tema desde una perspectiva práctica.

⁵⁰ L. 14 febbraio 2006, n. 55.

⁵¹ Cfr. G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, Milano, 2009, p. 731: «Non si può negare che la proposta di modifica debba iscriversi, altresì, nel disegno di adeguamento normativo ai principi del liberismo o, se si preferisca, ad esigenze di libera scelta e di autonomía privata. Adeguato, mi pare il riconoscimento dell'opportunità di dare concreta attuazione ad una libertà, qual'è quella di disporre dei propri diritti, altresì per testamento, indiscutibilmente compresa dal regime normativo vigente. Non si può negare che, già oggi, i consociati conoscano un'ampia autonomía circa la sistemazione dei rapporti post mortem; e anche indubbio, pero, che la sua area si rivela impoverita, la dove sopravvivano, al de cuius, numerosi legittimari; non di meno, anche nell'ipotesi in cui sopravvivano, al testatore, dati legittimari, lo stesso e munito di adeguati poteri: basti pensare alla possibilità di dividere i beni tra gli istituiti. Riguardo al testamento, pero, si pone il problema dei limiti alla libertà del suo autore».

⁵² De esta manera, el vigente art. 458 c.c. reza así: «Divieto di patti successori. Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui

del derecho sucesorio, el legislador italiano sin embargo opta por mantener una prohibición que forma parte de la esencia del derecho sucesorio italiano igual que ocurre en otras legislaciones de origen romano⁵³, y que tiene un enorme peso, desde sus orígenes históricos⁵⁴. Ello a pesar de las distintas voces que se alzan entre la doctrina⁵⁵, e incluso podríamos decir haciendo caso omiso de las recomendaciones de la Unión Europea⁵⁶. Así pues, el pacto de familia no es una modalidad permitida de pacto sucesorio sino una institución autónoma, que se regula en un capítulo creado ex novo para este fin, el cual se ubica dentro del Libro segundo dedicado a las sucesiones: «Art.2. Al libro II, titolo IV, del codice civile, dopo l'articolo 768 è aggiunto il seguente capo: Capo V-bis del patto di famiglia».

El pacto de familia se configura como un acto inter vivos, de naturaleza contractual, de contenido dispositivo atributivo, y con inmediata eficacia traslativa de bienes: «Articolo 768-bis (Nozione). – È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore

taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi».

⁵³ Cabe destacar sin embargo, que en España la Propuesta de reforma del vigente Código civil formulada en 2017 por la Asociación de Profesores de Derecho civil, introduce el pacto sucesorio en un futuro artículo 463.-1 a 12, *cfr. Propuesta de Código civil cit.*, pp. 570-572.

⁵⁴ La jurisprudencia ha acuñado los motivos por los que se mantiene la prohibición general del pacto sucesorio, véase por ejemplo, Cass. civ., 19 de noviembre de 2009, n. 24450 (in *Giur. it.*, 2010, 7, 1553 nota di G. RISPOLI): «Il patto successorio, ponendosi in contrasto con il principio fondamentale (e pertanto di ordine pubblico) del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte, è per definizione non suscettibile della conversione, ex art. 1424 c.c., in un testamento, mediante la quale si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di vincolare la volontà del testatore al rispetto di impegni, concernenti la propria successione, assunti con terzi».

⁵⁵ Cfr. M.R. MARELLA *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, en *Nuova giur. civ.*, 1991, p. 91 ss.; F.P. TRASCIA, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione delle delazioni. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015.

⁵⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a la transmisión de las pequeñas y medianas empresas n. 98/C93/02, que señala literalmente: «Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica una sana gestione patrimoniale».

trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti». El pacto de familia permite, por tanto, la transmisión de la pequeña o mediana empresa, en vida de su titular, a uno o varios de sus descendientes, dejando fuera del futuro *relictum* este patrimonio empresarial y, de este modo, excluyendo a uno o a varios legitimarios de la posibilidad de optar a una porción del mismo⁵⁷. Sin duda, un importante refuerzo de la autonomía privada del empresario que transmite en vida la empresa, anticipando el relevo generacional al momento de la apertura de la sucesión. Pero ello no significa que el legislador no haya considerado la sucesión necesaria, la posible vulneración de la cuota indisponible de la herencia. Así, el Art. 768-*quater* c.c. exige la participación en el pacto de familia de todos los potenciales legitimarios del causante: (*Partecipazione*). – *Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura. I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione.*

El resultado de esta previsión legal es que en la práctica de estos diez años apenas encontramos noticia de la aplicación del pacto de familia como instrumento de transmisión de la empresa, seguramente por la negativa de los hijos legitimarios no adjudicatarios a consentir la transmisión, pues ello supondría perder su hegemonía, prefieren no

⁵⁷ Cfr. A. PALMIERI, *Il patto di famiglia. Le ragioni dell'istituto (o le ragioni di un insuccesso)*, en *Studi Giuridici Europei*, 2013, p. 185. Este número de la revista recoge el contenido del seminario que tuvo lugar en Roma el 7 de marzo de 2013, sobre el pacto de familia. Destaca también el trabajo de E. BILOTTI, *Profili comparatistici della successione nell'impresa* en *Studi Giuridici Europei*, 2013, p. 305 ss., sobre las soluciones que presenta el Derecho comparado para la sucesión de la empresa, cuando esta finalidad entra en colisión con la atribución legal en que consiste la legítima. Bilotti se inclina por la solución del Código civil español a través de la legítima flexible denominada mejora.

firmar, no renunciar a nada por anticipado y que el sistema legitimario italiano derive finalmente en la disolución de la empresa a la muerte de su fundador, dividiendo los activos entre los hijos, en partes iguales⁵⁸.

Hay que tener en cuenta que el rigor en la exigencia de la participación de toda la familia en el pacto desanima al empresario que debe recurrir a este sistema, porque su decisión sobre quién o quiénes sean las personas idóneas para continuar con la empresa, su voluntad sobre este punto, debe ser aprobada por el resto de la familia, con lo que se ve muy mermada su autonomía privada en esta importante decisión⁵⁹. Junto a ello, la previsión legal de que las controversias que surjan en torno a la aplicación del pacto de familia se resuelvan por vía de mediación extrajudicial⁶⁰ tiene como principal consecuencia que no haya apenas resoluciones judiciales en estos

⁵⁸ Sin embargo, Trib. Reggio Emilia, 19 de julio de 2012 (consultable en *Cd Foro it.*), que versa sobre la necesidad de autorización judicial para que el tutor de un persona discapacitada pueda firmar un pacto de familia y sobre la determinación del tribunal competente para autorizar esta firma, se muestra favorable a la celebración del pacto de familia y a la solución que ofrece, sobre todo para el incapacitado, que va a recibir una cantidad en tanto que legitimario no asignatario de la empresa, todo ello indicando también que se observa conflicto de intereses en la persona del tutor, por ser otro de los firmantes del pacto de familia: «*La funzione dell'istituto appare quella di fornire all'imprenditore uno strumento giuridico per salvaguardare la continuità nella gestione dell'impresa, preservando l'integrità e la funzionalità dell'azienda, senza dover far ricorso all'istituto della donazione, le cui caratteristiche (ad esempio, assoggettabilità alle azioni di riduzione e collazione) possono costituire un ostacolo al trasferimento della ricchezza; tale obiettivo viene in concreto realizzato mediante una sorta di "anticipata successione" a titolo particolare, avente ad oggetto esclusivamente l'azienda, che si ottiene con la conclusione di un contratto cui debbono partecipare tutti coloro che sarebbero legittimari ove si aprisse in quel momento la successione; [...] passando al merito, occorre rilevare che, in astratto, la partecipazione al patto di famiglia da parte dell'incapace presenta per questi una indubbia utilità, consistente nella possibilità di ottenere la immediata disponibilità esclusiva di una somma di denaro di valore certo in luogo della mera aspettativa successoria avente per oggetto un bene dal valore incerto e mutevole, quale la quota di partecipazione di un'azienda; a seguito della modifica alla istanza originaria, depositata dal ricorrente in data 09.05.2012, deve altresì ritenersi che il valore offerto per la liquidazione della quota di riserva spettante all'interdetto sia congruo rispetto al valore (Euro 2.516.250,00, come da perizia giurata di stima a firma del dott. B.) della quota societaria di proprietà dell'imprenditore V.G., oggetto del patto di famiglia*».

⁵⁹ Se reputa nulo el pacto en el cual no hayan participado todos los legitimarios. Sin embargo, véase la interpretación que propone G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, en *Rass. dir. civ.* 2008, p. 166 y ss.

⁶⁰ Art. 768-octies (Controversie) – *Le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.*

años desde la promulgación de la norma, con las que se pueda ir creando jurisprudencia sobre la materia.

La doctrina que comenta y, en general aplaude, esta nueva normativa italiana trae a colación a propósito de la misma, la necesidad de moderar, siquiera sea en el supuesto de la transmisión de la empresa familiar, la intensa tutela que el sistema italiano proyecta sobre los legitimarios⁶¹. Cabe proponer a este respecto, una mirada, de nuevo, al Derecho civil catalán, en concreto al denominado *pacto de atribución particular*, negocio jurídico otorgado exclusivamente entre el empresario y su sucesor en el negocio (que ha de ser un familiar cercano, generalmente un descendiente), y que tiene como objeto únicamente la empresa. El pacto de atribución particular puede acompañarse de un posterior instrumento unilateral – testamento – de institución de heredero y distribución de la legítima entre los beneficiarios de la misma⁶².

En Cataluña, el pacto de atribución particular se conceptúa, sin ambages, como una modalidad de pacto sucesorio, plenamente admitido en este derecho sucesorio. Se defiende su virtualidad para plantear y resolver, ya en vida del titular de la empresa, la cuestión de su sucesión, y al mismo tiempo lograr un nivel importante de compromiso de los descendientes en la continuidad empresarial. Se gana en seguridad jurídica para ambas partes del pacto: el sucesor elegido ve garantizado su futuro profesional en la empresa y el causante se asegura de que el elegido no podrá después repudiar la empresa por vía de repudiación de la herencia. Incluso el pacto sucesorio de atribución particular que se inserta dentro de un Protocolo familiar de la empresa, proporciona seguridad jurídica a los terceros, porque mediante su inscripción en el Registro Mercantil el contenido del pacto es conocido y produce efectos *erga omnes*, también en vida del causante. El *Codi civil* catalán prevé también la posibilidad de que el pacto no se otorgue con el beneficiario del negocio, sino entre el causante y algún familiar, por ejemplo el cónyuge, el otro progenitor del

⁶¹ A.M. PALMIERI *Il patto di famiglia*, cit., p. 187; véase también E. MOSCATI, *Patto di famiglia e tutela del legittimari*, en *Studi Giuridici Europei*, 2013, p. 259 ss; F. MAGLIULO, *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, en *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notariale*, cit. p. 84.

⁶² Cfr. Arts. 431-29 y 431-30 CCCat. A mi juicio mucho más *ad hoc* para lograr los objetivos que se propone el legislador italiano, que la mejora del Código civil español, que recomienda E. BILOTTI, *o.u.c.*, p. 357; véase también ID., *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria*, en *Dir., succ., fam.*, 2016, p. 351 ss.

sucesor elegido para continuar con la empresa. Entonces, el sucesor elegido no adquiere ningún derecho hasta el momento de la muerte del causante⁶³. Tiene la condición de legatario de la empresa, de manera que no será sino en el momento de la muerte del causante cuando podrá aceptar o repudiar el negocio atribuido mediante pacto. Si premuere al causante no transmitirá ningún derecho a sus descendientes. Además, el pacto se podrá modificar sin su consentimiento si los otorgantes de mutuo acuerdo así lo deciden.

No obstante lo expuesto, en Cataluña, igual que ocurre en Italia, el acuerdo de atribución de la empresa familiar realizado en vida del causante precisa de una suerte de renuncia a sus potenciales derechos en la sucesión necesaria por parte de los legitimarios no escogidos, para que así el referido acuerdo pueda ser efectivo al cien por cien en cuanto a sus fines. De hecho, desde una perspectiva de eficacia, el pacto sucesorio de renuncia a la legítima es el más adecuado de los mecanismos para la extinción de este límite que coarta la autonomía testamentaria del causante-empresario, puesto que se trata de que el pago anticipado de bienes o dinero obtenga como contraprestación la renuncia a nada más pedir en concepto de legítima y, con ello, la extinción del derecho para el legitimario y para sus descendientes⁶⁴. De otro modo, tanto en el derecho civil catalán como en el italiano, cuando el caudal hereditario esté compuesto únicamente por la empresa, no quedará otro remedio que dividirla, para hacer frente al pago de la legítima⁶⁵.

Respecto a los demás derechos civiles españoles, cabe destacar la llamada *apartación* del Derecho civil de Galicia⁶⁶, un auténtico pacto

⁶³ Cfr. Art. 431-3.1 CCCat.

⁶⁴ El pacto entre ascendientes y descendientes por el que estos, al recibir bienes o dinero en pago de su legítima futura, renuncian al posible suplemento que pudiera ponerse de manifiesto a la muerte del causante está recogido en el art. 451-26.2.c) CCCat. Cfr. Al respecto P. DE BARRÓN ARNICHES, *Renúncia a la llegítima futura. Comentari a l'article 451-26*, en J. EGEA FERNÁNDEZ y J. FERRER RIBA, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona, 2009, pp.1437-1442.

⁶⁵ Aunque el art. 451-11 CCCat permite que el sucesor de la empresa pueda hacer efectivo el derecho a la legítima en metálico extrahereditario, para evitar afectar a la empresa familiar. Para Italia, véase L. GHIDONI, *La tutela anticipata dei potenziali legittimari fra simulazione negoziale privata, presunzione legale di affetti e ambizioni ereditarie concrete*, en *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 734-753.

⁶⁶ Cfr. Art 224 Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: «Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento

sucesorio de anticipo de la legítima: el apartado recibe un bien determinado – o una pluralidad de bienes determinados- y el causante queda absolutamente liberado de cualquier obligación de carácter sucesorio respecto a este legitimario apartado. En el Derecho civil aragonés también se regula el pacto de renuncia, y puede ser incluso a título gratuito⁶⁷. Además, en sede de legítima, aun siendo un sistema en el que el legitimario no tiene un derecho individual porque esta atribución legal es colectiva y puede repartirse desigualmente por el causante entre los legitimarios, se contempla la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima⁶⁸. Por último cabe mencionar el finiquito de legítima en el Derecho balear, en términos muy parecidos a los que se prevén en Cataluña⁶⁹. El Fuero Nuevo de Navarra no regula el pacto de renuncia a la legítima futura porque no lo necesita, ya que el sistema es de legítima formal, sin contenido económico⁷⁰. En cuanto al Código civil español, no admite el pacto sucesorio en general ni, mucho menos, el pacto de renuncia del legitimario al suplemento, en vida de su causante⁷¹.

5. Voy a mencionar en este apartado, muy brevemente, alguna de las instituciones sucesorias tradicionales, sobre las que puede detectarse una

en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados». Cfr. J. M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA y F. PEÑA LÓPEZ, *Curso de Derecho civil de Galicia*, Barcelona, 2015, p. 419.

⁶⁷ Cfr. Art. 399 Código Foral de Aragón, aprobado mediante Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo: «1. Son válidos los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona o personas de cuya sucesión se trate. 2. Tales pactos pueden referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición». Cfr. P. DE BARRÓN ARNICHES, *Límites a la libertad de testar en los derechos civiles españoles de legítima colectiva*, en A. PARRA LUCÁN (dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada, 2017, pp. 185-201.

⁶⁸ Cfr. art. 492 CFA: «La renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio». En el mismo sentido, ya que en el País Vasco también hay legítima colectiva, el art. 100 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho civil del País Vasco.

⁶⁹ D.L. 6 de septiembre 1990, n. 79, Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares.

⁷⁰ Cfr. Ley 267 y ss. de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

⁷¹ Cfr. Art. 1271, comma 2 Código Civil Español.

relectura por parte de la doctrina italiana más moderna, y también en la jurisprudencia. Relectura siempre dirigida a defender el principio de autonomía privada del *de cuius*, incluso en detrimento de los derechos de los legitimarios⁷².

6. La doctrina más moderna trata de revalorizar el ejercicio de la autonomía privada por parte del causante en el contexto del vigente Derecho sucesorio italiano, abandonando la visión de esta disciplina únicamente desde la perspectiva de la transmisión de la riqueza dentro del contexto familiar. Así, por ejemplo, sobre la institución tradicional del modo testamentario, se ha insistido recientemente en su carácter no accesorio, que lo diferencia de otros elementos que sí son accidentales respecto al negocio jurídico por causa de muerte, como la condición o el plazo. El modo es una disposición mortis causa autónoma⁷³, que el causante puede emplear para lograr determinados fines en cuanto al destino de sus bienes post mortem.

En la misma línea, se incide en la facultad soberana del causante de revocar las disposiciones mortis causa. Las reflexiones de la doctrina tienen como objetivo afrontar el complejo tema de la naturaleza de ese acto de autonomía del causante que revoca expresa o tácitamente sus propias disposiciones testamentarias⁷⁴.

En tercer lugar, cabe destacar el interés que ha despertado entre la doctrina la facultad del testador de emplear los negocios jurídicos mortis causa para expresar, también, una voluntad de contenido no patrimonial⁷⁵.

⁷² Como dice el notario de Roma, F. MAGLIULO, *Il poteri del testatore nella composizione della legittima*, cit., p. 82: «la successione necessaria è senza dubbio l'istituto più complesso e sfuggente nell'ambito del diritto successorio». Véase también A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2009; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008.

⁷³ G. W. ROMAGNO, *Modus e tutela del legittimario*, Napoli, 2015; C. CICERO, *Contratto e atto mortis causa*, en *Studi in onore di Carmine Punzi*, orino, 2008, p. 179.

⁷⁴ Cfr. Art. 679 c.c., y concordantes; por ejemplo, Perlingieri analiza la revocación testamentaria a la luz de lo dispuesto en el art. 1324 c.c., la naturaleza abrogativa de la voluntad testamentaria, la relevancia del *animus revocandi*, la aplicabilidad del art. 686 c.c. – que se refiere a la revocación mediante la enajenación o transmisión del objeto legado –, etc. (G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara*, cit., p. 796).

⁷⁵ V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit. p. 361.

7. La desheredación no está prevista en el *Codice civile* como una opción del testador cuando resulta gravemente ofendido por su legitimario. Sin embargo, la reforma en materia de filiación que se llevó a cabo mediante el decreto legislativo de 28 de diciembre de 2013⁷⁶, introdujo en el Título VIII del Libro I del *Codice civile*, una disposición de contenido ciertamente heterogéneo, que afectó no sólo al derecho de alimentos sino también al derecho sucesorio. En efecto, el Art. 448 bis c.c., en su nueva redacción establece que: «*Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione*». A partir de este texto, y desde una perspectiva funcional podría entenderse que se ha introducido en el *Codice civile* una posibilidad para el causante de privar de sus derechos sucesorios, es decir, de privar de la legítima a determinados legitimarios, los ascendientes. La disposición penaliza el comportamiento de los padres que incurren en violación de los deberes de la solidaridad familiar, motivo por el cual, llegan a ser privados de la patria potestad sobre el hijo causante de la sucesión. Hay autores que entienden que este artículo, puesto en relación con Art. 463, comma 3-bis, c.c. sobre causas de indignidad, trata de abarcar todas aquellas actividades que han perjudicado el interés superior del niño, de modo que por vía del ejercicio de la autonomía privada, se incrementan los supuestos legales de indignidad derivada de la pérdida de la patria potestad⁷⁷. Eso sí, siempre

⁷⁶ D.l. 28 dicembre 2013, n. 154, su delega contenuta nell'art. 2, l. 10 dicembre 2012, n. 219.

⁷⁷ Señala Verónica Bongiovanni: «Un rilevante profilo di novità riguarda, inoltre, la portata degli effetti della facoltà di diseredazione prevista dall'art. 448 bis c.c., destinata ad incidere anche sui diritti successori del genitore che, in presenza di determinati presupposti, sia un erede legittimario. Tale previsione, nella misura in cui travolge anche la quota di legittima, pare introdurre un temperamento alle rigide regole in tema di successione necessaria, suggerendo una rimediazione dell'istituto in chiave assiologica. Invero, se la ratio della tutela del legittimario si fonda sul valore della solidarietà familiare, non sembra azzardato ritenere che tale protezione venga meno qualora gli obblighi da essa derivanti siano stati gravemente violati e sia stata accertata in sede giudiziale la conseguente responsabilità del genitore. Seguendo questo percorso argomentativo, si può affermare che l'introduzione della facoltà di diseredazione consenta, in un'ottica comparatistica, di adottare una soluzione compromissoria tra la più ampia libertà testamentaria, prevista dagli ordinamenti di common law, e la rigida tutela dei legittimari, tipicamente contemplata nei sistemi che, come il nostro, prevedono, quale unico temperamento alla stessa, la figura

que el causante lo establezca de forma expresa en su testamento y observe respecto a esta declaración de voluntad todos los requisitos legales necesarios para la validez de los negocios jurídicos mortis causa.

8. El Art. 540 comma 2, c.c. recoge el derecho del cónyuge viudo al uso de la vivienda familiar con cargo, en primer lugar, a la porción disponible para el causante: *«Al coniuge anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli»*. Conviene destacar la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de esta disposición legal. Así, fue muy comentada por la doctrina la sentencia de Casación civil de 27 de febrero de 2013⁷⁸, porque implicaba un cambio de criterio respecto de sentencias anteriores como las de Casación civil de 23 de abril de 1976⁷⁹ y de 27 de febrero de 1998⁸⁰, que calificaban el derecho de habitación del cónyuge sobre la vivienda que fue familiar del causante, y en la medida en que sea total o parcialmente de su propiedad, como un legado *ex lege* en favor del cónyuge viudo. En efecto, el tribunal se hace eco de la solicitud de la doctrina de una interpretación más restrictiva de la normativa italiana sobre la sucesión necesaria: *«Nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540, comma 2; il valore capitale di tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima,*

dell'indegnità. In tal modo, si potrebbe delineare un sistema di graduazione dei rimedi, che affianca ai casidi indegnità fattispecie di violazioni meno gravi dei doveri di solidarietà familiare, qualificabili in termini di diseredazione per iusta causa», V. BONGIOVANNI, *Diseredazione e violazione dei doveri familiari*, en *Ius Civile*, 2015, 2, pp. 59 s.; véase también V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, en *Giust. civ.*, 2012, p. 1164 ss.; *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 763-787 (ambos trabajos son comentarios a la Sentencia de Cass., 25 maggio 2012, n. 8532).

⁷⁸ Cass. civ., 27 de febrero de 2013, n. 4847, véase comentario de V. BARBA, *Sui diritti successorii di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente Sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza*, en *Ius Civile*, 2013, p. 605 ss.; véase también *Nuova giur. civ.*, 2013, p. 742 nota di T. PERTOT; *Fam. dir.*, 2013, 11, p. 983 nota di A. GRAGNANI; *Foro it.*, 2013, 1, p. 2229.

⁷⁹ Cass. civ., 23 de abril de 1976, n. 1464, in *Cass. civ. Utet on line*.

⁸⁰ Cass. civ., 27 de febrero de 1998, n. 2159, *ivi*.

*non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato*⁸¹.

9. Según el Art. 551 c.c.: «*Se a un legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima*». El legitimario puede renunciar al legado y pedir lo que por legítima le corresponda. Pero si prefiere aceptar el legado, pierde el derecho a reclamar el suplemento de legítima para el caso de que el legado sea inferior a lo que le corresponde por este concepto, y pierde también la condición de heredero.

La doctrina ha remarcado la importancia de esta institución clásica del derecho sucesorio italiano, a los efectos de propiciar un desarrollo de la autonomía testamentaria del causante. Así, autores como Bucelli, ven en la actualidad la disposición contenida en el Art. 551 como un acercamiento a otros sistemas legitimarios, como podría ser el Derecho civil catalán en los que se faculta al testador para cubrir la legítima por cualquier título⁸², y se va alejando a los legitimarios del título apriorístico de herederos forzosos de su causante⁸³. El ejemplo sería el del testador que tiene tres hijos pero

⁸¹ Véase también Cass. civ., 27 de enero de 2016, n. 1588, en *Giur. it.*, 2016, 6, p. 1328 nota de I. RIVA; y Cass. Civ., 4 de mayo de 2012, n. 6774 en *Fam. pers. succ.*, 2012, 11, p. 824; en *Giur. It.*, 2013, 2, p. 316 nota de GAFÀ; véase Cass. civ., 27 de abril de 2017, n. 10377, en *Cd Foro it.* que deniega el derecho de habitación al conviviente en relación de pareja estable, (trataré sobre las reformas legales habidas en esta materia en el siguiente apartado de este trabajo).

⁸² Cfr. Art. 451-1 CCCat., A. VAQUER ALOY, *La legítima en Cataluña* en M^a C. GETE ALONSO Y CALERA, *Tratado de sucesiones*, II, Cizur Menor, 2016, p. 2.051. Pero no sólo en Cataluña, sino en todos los sistemas sucesorios españoles, la legítima puede atribuirse por el causante por cualquier título, ya sea inter vivos o mortis casusa (Art. 815 Código civil estatal, Art. 48.1 Ley de Derecho civil del País Vasco, Art. 248 Ley de Derecho Civil de Galicia; Art. 487 Código Foral de Aragón y Art. 47 Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares).

⁸³ «Si tratta di disposizioni testamentarie che, disciplinate per la prima volta nel codice del 1942, ormai hanno alle spalle un'ampia e sedimentata sistemazione dottrinale e giurisprudenziale. Non mancano tuttavia motivi per ripensare a tali figure classiche del diritto successorio. Intanto nel recente dibattito civilistico si scorge la tendenza a riconsiderare e rivalutare l'atto di ultima volontà, di cui si riscoprono "potenzialità" e "centralità", i pregi più che gli svantaggi rispetto a strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza. Evidente che i legati in favore dei legittimari determinano un'espansione dell'autonomia testamentaria in una direzione che, se ci si ferma alla sola idea del limite, può persino sfuggire», A. BUCELLI, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, en *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 372.

desea que sólo uno de ellos sea su heredero, y para ello atribuye a sus otros dos hijos cuantiosos e irresistibles legados en sustitución de su derecho de legítima, para que estos nunca puedan tener la condición de herederos, incluso dotándoles de la facultad de pedir el suplemento si con estos legados no se cubre su legítima, porque la regla general es que el legatario no satisfecho tiene que repudiar el legado para poder ejercitar la acción de reducción en defensa de su legítima. Por lo tanto, dentro de la planificación hereditaria, esta posibilidad legal es importante, máxime si se interpreta respetuosamente por los tribunales⁸⁴.

En efecto, al hilo de lo dispuesto en el Art. 551 c.c. la jurisprudencia se plantea la cuestión de la movilidad de la cuota indisponible, que puede ser inferior, por ejemplo en el supuesto en que el cónyuge que recibe un legado renuncia a su condición de heredero forzoso del causante: *«In tema di divisione ereditaria, ai fini della determinazione della quota di riserva spettante ai discendenti in relazione alle varie ipotesi di concorso con altri legittimari, non deve farsi riferimento alla situazione teorica al momento dell'apertura della successione, ma alla situazione concreta degli eredi legittimi che effettivamente concorrono alla ripartizione dell'asse ereditario, sicché, nell'ipotesi in cui il coniuge superstite abbia abdicato alla qualità di erede per aver accettato un legato in sostituzione della legittima (art. 551 c.c.), detta quota non va desunta dall'art. 542 in tema di concorso tra coniuge e figli, bensì dall'art. 537 c.c. relativo alla successione dei soli figli»*⁸⁵. Lo que sí está claro es que el legitimario ha de haber renunciado al legado recibido a cuenta de

⁸⁴ Véase por ejemplo, Cass. civ., 11 de febrero de 1995, n. 1529, en *Giust. civ.*, 1995, nota de MAURO; Cass. Civile con rinvio, App. Bari, 1 de julio de 2002, n. 11288.

⁸⁵ Cass. civ., 11 de febrero de 1995, cit. Asimismo, afirma DOSETI que «[n]ella determinazione della quota riservata alle diverse categorie di legittimari la legge ha riguardo dapprima a ciascuna categoria, e poi al concorso tra loro, sicché le quote vengono dette “mobili”, in quanto variabili in funzione del numero dei riservatari presenti in ciascuna categoria, e dell'eventuale concorso di questi con quelli appartenenti ad altra categoria. Secondo la disciplina abrogata, la quota liberamente disponibile non era mai inferiore ad un terzo del patrimonio del defunto; invece, con la riforma del 1975, che ha accresciuto in modo cospicuo la tutela successoria del coniuge superstite, la disponibile può arrivare ad essere compressa fino al limite di un quarto del patrimonio (v. artt. 542 e 544 c.c.) La mobilità della quota aveva fatto sorgere il dubbio se il legittimario rinunziante dovesse essere considerato o meno nella determinazione delle quote di riserva, ma la dottrina ampiamente prevalente aveva sempre ritenuto che il rinunziante perda la qualità di legittimario e debba essere considerato un estraneo», M. DOSSETI, *Commento all'art. 536 c.c.* en G. BONILINI, M. CONFORTINI, *Codice commentato delle successioni e donazioni*, Torino, 2011, p. 402.

la legítima, y después debe reclamar formalmente la legítima para poder, entonces, pedir la reducción de donaciones. El tribunal puede apreciar de oficio si se cumplen estas condiciones: *«In tema di azione di riduzione, la mancata rinunzia, da parte del legittimario, al legato in sostituzione di legittima, (prescritta dall'art. 564 cod. civ.), è rilevabile di ufficio»*⁸⁶.

10. Puede afirmarse, tras lo expuesto en los anteriores apartados de este trabajo, que en el tiempo transcurrido desde 2006, ni los mecanismos legales nuevos ni los tradicionales han tenido demasiada eficacia para incrementar la libertad de disponer del causante italiano, entre otras cosas – aunque no es la única causa –, porque no se ha modificado en absoluto la regulación sobre la legítima, una legítima demasiado amplia y basada exclusivamente en el parentesco, y en la que la solidaridad intergeneracional es unidireccional, esto es, de los padres hacia sus hijos, y no a la inversa. Sin embargo, deben destacarse nuevos hitos legislativos que en estos últimos años reflejan atinadamente los importantes cambios sociales experimentados en el ámbito de la familia, y sus consecuencias para el derecho sucesorio italiano.

11. La ley de 20 de mayo de 2016 regula por primera vez en Italia las uniones civiles homosexuales y la convivencia en pareja fuera del matrimonio⁸⁷. A efectos sucesorios, esta ley equipara las uniones civiles homosexuales al matrimonio heterosexual, de manera que ambas generan los mismos derechos sucesorios al superviviente, entre ellos el derecho a la legítima, en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que el *Codice civile* prevé para la persona casada. En cuanto a la pareja de hecho, el legislador italiano regula la posibilidad de que los miembros de la pareja redacten un contrato de convivencia bajo unos parámetros legales y, para el caso de que no quieran autodotarse de un régimen jurídico voluntario, la norma atribuye una serie de consecuencias jurídicas a la mera convivencia, entre las que no se encuentra el derecho del conviviente supérstite a la legítima. Después volveremos sobre este punto, cabe señalar ahora que esta reforma ha de ponerse en relación con la reforma que ya se había iniciado en el año 2012 con la Ley de equiparación de

⁸⁶ Cass. civ., 1 de julio de 2002, cit.

⁸⁷ L. 20 de mayo de 2016, n. 76.

filiaciones de 10 de diciembre de 2012⁸⁸ completada por el Decreto legislativo de 28 de diciembre de 2013⁸⁹, que modifican el *Codice civile* para eliminar todo tipo de discriminaciones a los hijos nacidos fuera del matrimonio, y lograr la unificación del status de hijo en Italia⁹⁰.

Es claro que estamos ante una normativa que nos dibuja una sociedad bien diferente a la que vio nacer hace ya mucho tiempo, el vigente régimen civil italiano sobre la sucesión necesaria. Pero no se trata solo del respeto al principio de igualdad de trato sea cual sea el modelo de convivencia basada en lazos afectivos que se haya elegido, o la forma de filiación de la que se proceda. Lo deseable es que el legislador vaya más allá y adapte la norma civil en su conjunto a esas nuevas situaciones que la sociedad actual pone de manifiesto⁹¹.

Así, se ha criticado que la reforma de la filiación, partiendo del concepto de parentesco natural, está ampliando sustancialmente los sujetos incluidos en la condición de legitimarios o herederos forzosos de su causante, lo cual implica por ejemplo, que el ascendiente que ha tenido un hijo fuera del matrimonio se vea beneficiado en la herencia de éste, incluso aunque el hijo causante no lo desee⁹². También ha sido suprimida la posibilidad anteriormente prevista en el Art. 537 c.c., de que el causante cubriera la cuota legitimaria expectante del hijo natural mediante dinero o

⁸⁸ L. 10 de dicembre de 2012, n. 219.

⁸⁹ D.L. 28 de dicembre de 2013, n. 154.

⁹⁰ Cfr. M. DOSSETTI, *L'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio*, en M. DOSSETTI e C. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Bologna, 2013, pp. 117 ss.

⁹¹ Con datos que se refieren al Estado español y al año 2011 (aunque entiendo que son perfectamente extrapolables a la sociedad italiana, puesto que también desde 2005 el Código civil español regula la unión civil entre personas del mismo sexo): la estadística nos indica, entre otros datos, que el número de parejas de derecho aumentado paulatinamente mientras que el de parejas de hecho se ha incrementado exponencialmente en los últimos años (un 195,8%). También se ha constatado que el 99,5% del número de parejas son de distinto sexo, y sólo el 0,5% son parejas homosexuales. Entre las parejas con hijos, el 7,4% tienen algún hijo que no es común, una situación que ha ido en aumento hasta constituir el doble de lo que había 10 años atrás (Instituto Nacional de Estadística, Censo de Población y vivienda de 2011, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np824.pdf>).

⁹² F. PANZA *Rappresentazione, Ins Delationis, Diritto di commutazione e successione necessaria alla luce della riforma della filiazione*, en *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 493 señala «che la modifica dell'art. 536 c.c., ampliando la categoria dei legittimari, comporti un peggioramento della condizione successoria del figlio, la cui autonomia testamentaria risulta ora maggiormente compressa dalla presenza di nuovi soggetti».

entrega de un bien, con la consiguiente pérdida de autonomía del causante en el reparto de sus bienes entre hijos que proceden de diferentes uniones afectivas⁹³. Cabe preguntarse si el legislador italiano, además de reconocer una realidad social innegable, ha mejorado el sistema sucesorio con esta reforma o no lo ha hecho, ya que no parece una buena idea, ante las cada vez más variadas situaciones familiares que presenta nuestra sociedad, que la norma sucesoria sea cada vez más uniforme e igualitaria, limitándose e a ampliar el número de sujetos con derecho a legítima, sin flexibilizar en absoluto esta normativa, ni siquiera en cuanto a la forma de atribución de la legítima. Por el contrario, la libertad de disponer mortis causa constituye un mecanismo eficaz para permitir al causante encontrar soluciones diversas a situaciones heterogéneas.

En cuanto a la situación del conviviente y de las diferentes formas de afectividad fuera del matrimonio, la doctrina había incidido ya en la relevancia jurídica de un fenómeno ampliamente extendido como es la convivencia en pareja, de manera que el conviviente no puede ser considerado a efectos de la sucesión como un tercero, como un extraño a la familia, hasta el punto de fundamentar sobre la existencia de una obligación natural, un deber moral o social que nace de la relación de pareja, la atribución testamentaria con la que el futuro causante favorece a su pareja. Se trataría de un reconocimiento y no una mera liberalidad, por lo que tal atribución quedaría al margen de la cuota disponible del patrimonio del causante, cuando hay legitimarios⁹⁴. Tras la ley de 2016, toda la normativa civil sobre los derechos del cónyuge aparece matizada con la expresión legal de que donde dice cónyuge ha de entenderse también miembro de una unión civil homosexual⁹⁵, pero no se aplica esta equiparación a las parejas de hecho a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en España. En efecto, las diferentes normas sobre parejas de hecho

⁹³ Véase PANZA, *Rappresentazione* cit., p. 495 con referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 diciembre 2009, n. 335, que justifica la existencia de esta posibilidad «non in un'anacronistica preferenza della famiglia legittima rispetto a quella naturale, bensì nel diverso rapporto di fatto sussistente tra i soggetti coinvolti e i beni ereditari».

⁹⁴ V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, en *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 23.

⁹⁵ Cfr. Art. 21 de la Ley, y comentario de G. BALLARINI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, en *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 635.

españolas equiparan al conviviente con el cónyuge a todos los efectos⁹⁶. Y no solo eso, sino que atribuyen la condición de pareja de hecho con efectos jurídicos a las personas que conviven, sin precisar de un acto de voluntad de éstas para constituirse como pareja. Esta solución no deja de presentar sus dificultades como lo demuestra, entre otras, la resolución del Tribunal Constitucional español de 23 de abril de 2013⁹⁷, que declaró nulo y contrario a la Constitución española el artículo 2.2 de la ley navarra, que entendía que la pareja estable se constituye automáticamente por el hecho de que dos personas «*hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año*»⁹⁸. Es inconstitucional porque se precipita la constitución de la pareja de hecho a partir de la mera convivencia. El legislador italiano, con buen criterio a mi juicio, se limita a reconocer la existencia de la convivencia de facto, le atribuye una serie de consecuencias jurídicas que parecen de justicia social (como el derecho a percibir la indemnización por muerte dolosa de la pareja, o el derecho a continuar como arrendatario de la que había sido la vivienda familiar hasta la muerte de uno de ellos), pero no equipara ni convierte en casados a los que, pudiendo hacerlo, no desean contraer matrimonio. De modo que deja en sus manos la posibilidad de regular su relación mediante el llamado contrato de convivencia. A partir de aquí, la doctrina se pregunta sobre los efectos prácticos de este nuevo contrato de convivencia que debe realizarse en ejercicio de la propia autonomía privada: «Approvata la legge, occorre chiedersi se le costruzioni che aveva elaborato la dottrina, e che per alcuni aspetti avevano avuto riconoscimento nella giurisprudenza, possano mantenere una loro utilità, oppure se la nuova disciplina legislativa determini il loro superamento, in quanto il modello di accordo recepito dal legislatore si pone come esclusivo e assorbente rispetto a tutti gli altri; posta in altri termini, il quesito è se l'introduzione di un contratto di convivenza assunto come tipico impedisca il riconoscimento di altri

⁹⁶ Cfr. La Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo o las disposiciones sobre la sucesión mortis causa del Libro IV CCat., por ejemplo.

⁹⁷ Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional 93/2013, 23 de abril de 2013, consultable en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2013/93>.

⁹⁸ Cfr. Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. También la norma catalana, y la aragonesa contienen disposiciones similares a la anulada por la Corte Constitucional española.

schemi, strutturati come contratti atípicos e espressivos della libertà contrattuale»⁹⁹.

12. Es preciso mencionar también una reciente disposición que sólo parcialmente puede decirse que es de derecho civil, la ley de 22 de junio de 2016 de *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*¹⁰⁰. La norma se remite a la Constitución, a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y a la Convención de Nueva York para justificar la adopción de una serie de medidas en favor de las personas con grave discapacidad, *non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare* [...]. Así pues, el Estado acude en defensa de estas personas proveyendo un fondo público de una determinada cantidad de dinero y remitiéndose a un posterior Reglamento de desarrollo con el que estipulará los requisitos que hay que observar para el acceso a estas ayudas.

Sin embargo, al mismo tiempo y dentro de este contexto de previsión de una situación de necesidad en favor de las personas más vulnerables, la presente ley pretende facilitar y fomentar el ejercicio de la autonomía privada para constituir lo que en el derecho catalán se denominaría un patrimonio protegido destinado a la referida finalidad de protección. Es decir, que diez años después, y a través de una norma administrativa, el legislador italiano hace un guiño, otra vez, al vínculo de destinación de bienes que, escasamente, había regulado mediante el Art. 2645-ter c.c.¹⁰¹. En efecto, se hace referencia a la iniciativa privada para constituir, en términos de igualdad, o bien un **trust**, o bien un *vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile* o bien un *fondo speciale*, que deberán servir para afectar una serie de bienes al cumplimiento de la finalidad de protección mediante su entrega a personas jurídicas sin ánimo de lucro que operen en el tráfico jurídico con finalidades de asistencia. La ley no

⁹⁹ Cfr. G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, en *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1320.

¹⁰⁰ L. 22 de junio de 2016, n. 112.

¹⁰¹ Cfr. M. GRAZIADEI, *Fiducia e trust in Italia*, consultable en <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/546/508>

define ninguna de estas figuras¹⁰², sino que se limita a ofrecer ventajas fiscales para quienes se decidan a constituir estos patrimonios protegidos. No obstante, el art. 6 de la ley, sí que especifica alguno de los requisitos necesarios que han de observarse, tales como que el patrimonio protegido tenga como finalidad exclusiva la asistencia a la persona o personas con discapacidad que sean sus beneficiarios, y que los bienes que resulten afectos solo se destinen a este fin, que el patrimonio protegido se constituya mediante documento público, que se regulen los mecanismos de control del cumplimiento de las finalidades previstas, que se regule el destino de los bienes en caso de premoriencia del beneficiario, etc. Parece claro que se está regulando la constitución de un patrimonio protegido mediante acto inter vivos, pero nada impide pensar que también se puede crear empleando el negocio jurídico testamentario, es decir, como un acto unilateral de ejercicio de la libertad de disponer mortis causa, a través del cual el causante favorece a sus parientes más vulnerables determinando qué bienes de su patrimonio **relicto** quedarán afectos a la finalidad de protección del discapacitado y su atribución a una entidad sin ánimo de **lucro**, que deberá administrar estos bienes según sus instrucciones.

Todo lo cual nos devuelve a la cuestión planteada en el apartado 3 de este trabajo, en el que se resaltaba el incremento del margen de libertad testamentaria que se produce si se consiente al testador italiano la constitución de un trust testamentario, siempre con la justificación que supone la protección al familiar (¿o al tercero?, la ley no exige un vínculo de parentesco entre el titular de los bienes que constituye el trust y el beneficiario) que padece una discapacidad. Y de nuevo la pregunta, ¿en qué situación quedan los acreedores y los legitimarios? ¿este mecanismo ha de recaer exclusivamente sobre la porción disponible para el causante? ¿es realmente compatible esta esbozada regulación del trust con la vigente regulación italiana sobre la sucesión necesaria?

Cabe recordar la reforma del *Codice civile*, operada por ley de 19 de mayo de 1975, que introdujo el vigente art. 692 c.c. para permitir al causante establecer una sustitución fideicomisaria como medio de protección a las personas sujetas a tutela, un mecanismo que también

¹⁰² Al respecto resultan muy interesantes las reflexiones de A. POPOVICI sobre la introducción del trust -figura clave del derecho patrimonial del *common law*- en los sistemas jurídicos de tradición romanista, cfr. *Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?*, en *Eur. rev. priv. law.*, 2016, 24, pp. 929-950.

emuló el legislador español en favor de las personas con discapacidad¹⁰³, en el año 2003. Es claro que estas modalidades de sustitución fideicomisaria entran en colisión con el principio vigente tanto en el *Codice civile* como en el Código civil español, de la intangibilidad cualitativa de la legítima que deriva en la prohibición de gravar la porción no disponible. Y, sin embargo, el interés digno de protección justificaba la existencia de la norma. Ni en Italia ni en España se ha empleado apenas esta opción de la sustitución fideicomisaria, lo cual no nos permite profundizar sobre su eficacia o utilidad, pero no hay duda de que puede establecerse un cierto paralelismo con las reformas que ahora propone el legislador italiano para favorecer a las personas gravemente discapacitadas, en cuanto colisionan con una normativa legitimaria ciertamente desfasada y arcaica.

En Catalunya, el patrimonio protegido en interés de las personas con alguna discapacidad a dependencia, se regula hoy día en los arts. 227-1 y siguientes, y no pretende favorecer sólomente a quienes están sujetos a tutela o curatela sino que se remite a las normas administrativas que definen la discapacidad física o psíquica y sus grados. El *trust* catalán se caracteriza porque constituye un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, que no pertenece ni a quien lo aporta ni a quién se beneficia del mismo, pero tampoco precisa de la presencia en todo caso – como se deduce de la ley italiana de 2016 – de una persona jurídica sin ánimo de lucro que se haga cargo de los bienes y los administre con estos fines de asistencia y protección¹⁰⁴. El patrimonio debe tener un administrador, que rendirá cuentas de sus actos. No parece que quepa su constitución en testamento notarial, puesto que la constitución del patrimonio protegido requiere la presencia y aceptación por parte de la persona beneficiaria, luego no cabe el otorgamiento unilateral. Con respecto a **los acreedores**, señala el legislador catalán que aquellos cuyos créditos sean anteriores a la constitución del patrimonio protegido, no se verán afectados por éste. Señala además el art. 227-2 que *tampoc no perjudiquen els legitimaris*, lo cual

¹⁰³ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, Boletín Oficial del Estado núm. 277, de 19 de Noviembre, de 2003, modificada por Ley 1/2009 de 25 de marzo.

¹⁰⁴ Cfr. J. RIBOT IGUALADA, *El patrimoni protegit en interès de persones amb disminució o dependents*, en A. VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, 2013, pp. 307 ss.

significa que este patrimonio protegido debe recaer sobre la porción libre del causante. Pero es que, en Cataluña, esta porción disponible abarca las tres cuartas partes del patrimonio relicto. Así pues, y debido a esta normativa legitimaria mucho más contenida que la italiana, es viable la aplicación y eficacia de la figura del trust en Cataluña.

13. Concluyo reiterando la tendencia imparable que se observa en el derecho italiano, a través de las reformas legales y las resoluciones de los tribunales, pero, sobre todo, gracias a la interpretación de la norma que propugna la doctrina civilista, hacia un incremento de la libertad de disponer mortis causa. De manera que los cambios legislativos futuros, que pueden lograr una importante modernización del derecho sucesorio italiano, deben continuar en esta dirección, deben abordar, paso a paso los aspectos más anacrónicos de la regulación legitimaria, deben buscar eficazmente el ejercicio de la solidaridad intrafamiliar en todas sus dimensiones, logrando así que la sucesión necesaria italiana deje de ser únicamente una obligación legal causante, fundada en el mero hecho del parentesco.

Abstract

Este trabajo recorre sucintamente las reformas legislativas que se vienen produciendo en el ámbito civil en los últimos 15 años, con referencias a la jurisprudencia y a los comentarios doctrinales de ese mismo periodo, todo ello con el objeto de destacar un cambio de tendencia importante en el Derecho italiano, que parece ahora más proclive a la defensa de la libertad de disponer mortis causa. Se lleva a cabo un ejercicio de Derecho comparado con la norma española, particularmente el Derecho catalán, siendo la propuesta de la autora que el legislador italiano aborde prontamente la tarea de reformar la normativa vigente en materia de sucesión necesaria.

This essay succinctly analyses some of the civil legislative reforms of the last 15 years. It refers the jurisprudence and doctrinal comments of the same period, to show the change of tendency in the Italian Law that now seems to be more given to defend the freedom of testation. In addition, it does a comparison with the Spanish Law, specifically with Catalan Law. The purpose of study is to suggest the Italian legislator to deal with the must of reforming the current legislation about the compulsory share.